

# JUSTIÇA & CIDADANIA

ISSN 1807-779X | Edição 218 - Outubro de 2018



MINISTRO JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI, PRESIDENTE DO STF

**“A JUSTIÇA DEVE SER  
PLURAL E DINÂMICA”**

EDITORIAL: PARA FRENTE É QUE SE ANDA

# A relevante diferença entre judicialização e ativismo judicial

Rodrigo Cunha Mello Salomão | Advogado

É inegável o protagonismo assumido pelo Poder Judiciário brasileiro nos últimos anos. A crescente judicialização da política e das relações sociais é um dado objetivo e um tema que vem sendo debatido em âmbito nacional, não só na academia e entre os operadores de direito, como também perante toda a sociedade. Realmente, não é raro encontrarmos o ativismo judicial sendo comentado nos jornais de grande circulação e discutido por profissionais dos mais variados setores.

O tema é polêmico e delicado, sobretudo porque a expressão em comento não possui uma definição muito clara e é comumente confundida com outro conceito bastante similar: a judicialização. Nesse cenário, é importante esclarecer que não se pretende, aqui, criticar aquilo que vem sendo denominado de ativismo judicial, mas apenas trazer informações e elementos que possam elevar a discussão e o melhor entendimento do tema.

Pois bem. Uma retrospectiva histórica nos mostra que o Poder Judiciário adquiriu especial relevância com o surgimento do Estado Constitucional de Direito. No anterior Estado Legislativo de Direito, marcado pela centralidade da lei e a supremacia do Parlamento, a Constituição era um mero documento político sem qualquer força normativa. Nesse estado de coisas, a preponderância do Poder Legislativo era



Foto: Arquivo Pessoal



evidente e os juízes eram considerados apenas “a boca da lei”.

Diante da redemocratização dos Estados após a segunda guerra mundial, mostrou-se indispensável não só prever um vasto rol de garantias individuais como também proporcionar mecanismos aptos a lhes conferir devida efetividade. Nesse contexto, as constituições democráticas elencaram, em maior ou menor grau, diversos princípios constitucionais, ficando o Poder Judiciário responsável por garantir a observância dessas garantias. Em síntese, o Estado Constitucional de Direito é caracterizado pela força normativa da Constituição Federal e pela supremacia judicial.

A normatividade da Constituição e o exercício da jurisdição constitucional (leia-se, a aplicação direta e indireta da Constituição pelas instâncias judiciais) alçaram o Poder Judiciário ao nível dos demais poderes governamentais, passando, então, a exercer papel de destaque nos Estados. Essa expansão do Judiciário em todo o mundo e suas consequências foram objeto do pioneiro estudo de Neal Tate, intitulado “*The global expansion of judicial power*”<sup>1</sup>.

Como decorrência lógica dessa expansão, muitas questões antes decididas pelo Parlamento ou pelo Executivo passaram a ser objeto de tutela jurisdicional. Políticas públicas e decisões estritamente políticas, por exemplo, começaram a sofrer interferência e fazer parte do dia a dia do Poder Judiciário. A política passou a fazer parte e se misturar com a justiça, sendo tal fenômeno denominado de judicialização.

Diversas são as causas que podem explicar o cenário atual de crescente judicialização, sendo a redemocratização<sup>2</sup> uma delas. No Brasil, o marco democrático foi a Constituição Federal de 1988, que se destacou, entre inúmeras outras coisas, pela garantia de autonomia e independência ao Poder Judiciário. Decerto, o fortalecimento desse Poder contribuiu para os valores da democracia e também para maior judicialização dos fatos da vida.

O descolamento entre os agentes políticos e a sociedade civil pode ser apontado como uma segunda causa. Havendo desconfiança dos cidadãos em relação aos parlamentares e administradores eleitos, a tutela jurisdicional passa a ser vista como a (única) solução para a proteção dos direitos e das garantias individuais. Veja-se, por exemplo, que a ascensão do Tribunal Constitucional da Alemanha se deu como resposta à desconfiança das instituições políticas e à passividade do Judiciário diante das atrocidades do governo nazista.

No Brasil, a crise de representatividade é mais do que evidente. As inúmeras manifestações populares contra os políticos democraticamente eleitos são

suficientes para corroborar a assertiva. Daí porque, o Poder Judiciário brasileiro, e em especial o Supremo Tribunal Federal, vem sendo cada vez mais chamado a resolver as complexas questões morais, sociais e políticas.

Além desse fatores, podemos destacar alguns arranjos institucionais que são mais marcantes em nosso país. O primeiro deles é a Constituição Federal de 1998, cuja característica marcante é o vasto rol de princípios e direitos fundamentais. De fato, uma constituição analítica amplia a possibilidade de conflito entre seus próprios dispositivos<sup>3</sup> e também com a legislação infraconstitucional, gerando, consequentemente, questionamentos perante o Judiciário.

Ainda tratando de particularidades da nossa Carta Maior, podemos citar a forte presença de cláusulas abertas (princípios e conceitos jurídicos indeterminados), as quais geram dúvidas no texto constitucional e demandam esforços interpretativos.

Registre-se também o amplo acesso ao Supremo Tribunal Federal. O peculiar controle híbrido de constitucionalidade e o extenso rol de legitimados para propositura de ações diretas (art. 103, da CF) são claros indicativos dessa facilidade brasileira de bater à porta da Corte Suprema.

Diante desse panorama, percebe-se que a judicialização decorre de um desenho institucional caracterizado pelos amplos poderes e competências conferidos, pelos próprios agentes políticos, ao Poder Judiciário. Nesse ponto, é valioso destacar as palavras do professor Dieter Grimm:

Para que o judiciário estenda seu poder a domínios antes reservados a outras forças, é preciso que ele tenha sido instituído como tal e dotado de competências que lhe permitam solucionar conflitos políticos e sociais. A decisão que emprestou autoridade ao judiciário a fim de dirimir tais conflitos não foi, na origem, tomada pelo juiz, mas pelo político. Sem a vontade do político de delegar ao juiz a sua resolução, o ativismo judiciário se encontraria privado de fundamento institucional. Com efeito, constata-se, ao longo do século XX, como resultado de decisões políticas, uma regular expansão de poderes concedidos aos juízes.<sup>4</sup>

De qualquer forma, não podemos confundir judicialização com ativismo judicial, sendo então oportuno fazer um breve esboço histórico acerca dessa última expressão.

Sem dúvidas, o berço do ativismo judicial foi os Estados Unidos da América. Em importante estudo sobre a origem e significado do termo, Keenan D. Kmiec<sup>5</sup> observa que a ideia por trás do ativismo judicial pode ser encontrada em momento anterior à

utilização da expressão. Até a primeira metade do século XX, os estudiosos do tema, como Blackstone, Bentham e Austin, centravam suas discussões no que foi chamado de “judicial legislation”. Trata-se, como se sabe, de tema conexo ao ativismo judicial, mas os autores ainda não se utilizavam deste termo.

Embora não se possa afirmar com absoluta convicção, a primeira utilização da expressão “ativismo judicial” é creditada ao historiador Arthur Schlesinger, em artigo publicado na revista *Fortune* no ano de 1947. Em seu trabalho intitulado “*The Supreme Court: 1947*”, Schlesinger traça o perfil dos nove ministros da Suprema Corte dos Estados Unidos e faz uma divisão entre os ativistas (“*Judicial Activists*”) e os auto-contidos (“*Champions of Self Restraint*”) <sup>6</sup>.

Ao abordar o tema, Kmiec<sup>7</sup> cita interessante trecho da obra de Schlesinger, no qual o historiador apresenta um hipotético diálogo entre os ativistas e os auto-contidos:

*Self-denial has thus said: the legislature gave the law; let the legislature take it away. The answer of judicial activism is: in actual practice the legislature will not take it away-at least until harm, possibly irreparable, is done to defenseless persons; therefore the Court itself must act. Self-denial replies: you are doing what we all used to condemn the old Court for doing; you are practicing judicial usurpation. Activism responds: we cannot rely on an increasingly conservative electorate to protect the underdog or to safeguard basic human rights; we betray the very spirit and purpose of the Constitution if we ourselves do not intervene.*

A passagem acima transcrita é ainda atual e ilustra bem os pensamentos contrapostos. Contudo, embora tenha muito bem esquadrinhado as diferentes posições dos ministros da Suprema Corte norte-americana, o autor não definiu, naquele momento, o que seria exatamente o “ativismo judicial”.

Em interessante “estudo científico do ativismo judicial”, Frank B. Cross e Stefanie A. Lindquist<sup>8</sup> observam que muitas das invocações modernas de ativismo são sem significado ou simplesmente ideológicas. Igualmente, Keenan D. Kmiec assinala que, embora o ativismo seja invocado em inúmeros diferentes sentidos, até mesmo contraditórios, autores insistem em falar sobre o conceito sem defini-lo. Para este autor, essa situação é até irônica, pois é um termo de utilização crescente e que fica cada vez menos claro<sup>9</sup>.

Diante desses problemas, Cross e Lindquist buscam construir um conceito mais objetivo para essa “escorregadia”<sup>10</sup> expressão e deixar clara a existência de diferentes dimensões. Para tanto, partem de um “padrão convencional” mencionado por renomados

autores como Cass Sunstein e Richard A. Posner, segundo o qual o elemento mais básico para se apurar objetivamente se determinada Corte tem sido ativista é a sua inclinação para invalidar atos dos demais Poderes.

Mas esse padrão convencional, por si só, não é suficiente para produzir uma conclusão segura, de modo que é necessário considerar alguns outros fatores. O primeiro deles seria a clareza da inconstitucionalidade objeto de discussão. É evidente que a invalidação de uma lei claramente inconstitucional não pode ser considerada uma conduta ativista, ao passo que a anulação de um ato inserido em notável grau de incerteza quanto a sua constitucionalidade pode assim ser classificada. Nesse contexto, Sunstein<sup>11</sup> e Easterbrook<sup>12</sup>, seguindo a ideologia de James B. Thayer<sup>13</sup>, defendem que a Corte deve anular apenas as leis claramente inconstitucionais. Quando há dúvida razoável sobre sua constitucionalidade, o Judiciário deve ser deferente ao Legislativo.

Entendemos, no entanto, que esse critério não resolve o problema, sobretudo sob a ótica da objetividade. A bem da verdade, há apenas uma transferência do foco de discussão: passa-se a discutir se a lei questionada é ou não claramente inconstitucional, o que também envolverá questões ideológicas e subjetivas<sup>14</sup>. Nem precisaria ser dito que uma mesma lei pode ser vista sob diferentes ângulos, podendo parecer claramente inconstitucional para uns e de acordo com os preceitos constitucionais para outros.

Assim, devemos acrescentar ainda outros critérios para avaliação desse tipo de ativismo judicial. Em decisões colegiadas, o consenso sobre a questão pode ser um ponto determinante nessa aferição. Realmente, a invalidação de uma lei por unanimidade difere daquela decidida por uma maioria apertada de votos, afinal, a primeira hipótese indica inexistir dúvida razoável quanto a inconstitucionalidade da lei e afasta a ideia de julgamento orientado por ideologia, já que há um consenso entre os magistrados com diferentes tipos de pensamento<sup>15</sup>.

Igualmente, o tema de fundo tratado na lei impugnada também exerce um papel importante nesse estudo objetivo. Isso porque, ao invalidar um ato cujo viés político é claramente contraposto à sua ideologia, é possível que o magistrado esteja conferindo maior peso às razões políticas do que aos fundamentos jurídicos.

Em sua análise empírica, Cross e Lindquist levam em conta, também, se a lei é federal ou estadual, bem como a posição adotada pelo Procurador Geral da República. No entanto, de forma a não estender ainda mais esse ponto, tais critérios não serão objeto de profunda análise.

Apesar de sua forma mais comum ser quando uma decisão judicial declara a inconstitucionalidade de atos de outros Poderes, o ativismo judicial pode ser manifestado de outras maneiras, tais como: não aplicação de precedentes, legislação pelo Judiciário, distanciamento das formas de interpretação aceitas e julgamento em função do resultado.

No Brasil, Carlos Alexandre de Azevedo Campos<sup>16</sup> se refere ao ativismo como um conceito multifacetado e aponta para a existência de cinco dimensões no âmbito do Supremo Tribunal Federal: (i) metodológica, ligada à interpretação e à criação judicial do direito; (ii) processual, referente ao alargamento do campo de aplicação e de utilidades dos processos constitucionais; (iii) estrutural, relacionada à interferência nos atos dos demais poderes; (iv) dos direitos, no sentido de expandir os sentidos normativos de princípios como dignidade da pessoa humana e liberdade; e (v) antidialógica, que pressupõe ser a interpretação da Constituição Federal tarefa exclusiva do STF.

Diante dessas explicações, é possível confirmar que judicialização e ativismo judicial, de fato, não são sinônimos. São conceitos que se conectam, mas que não apresentam o mesmo significado. A judicialização é um fato decorrente do panorama institucional e constitucional, refletindo as competências e poderes conferidos ao Poder Judiciário. O ativismo judicial, por outro lado, será caracterizado ou não de acordo com o modo em que essas competências são exercidas.

Essa premissa conceitual é extremamente relevante. Isso porque, não é pelo fato do panorama institucional e do contexto atual da política implicarem numa maior judicialização, que o Poder Judiciário deverá se portar, necessariamente, de uma maneira ativista. Em outras palavras, não é porque está sendo chamado, pelos próprios jurisdicionados (e até mesmo pela sociedade em geral), a resolver os mais variados problemas políticos e sociais, que o Supremo Tribunal Federal deverá responder e ditar a solução final.

Muitas vezes, é mais prudente que o Judiciário se abstenha de resolver o conflito, sob pena de estar interferindo na competência dos demais Poderes. Essa postura cautelosa deve ser adotada, por exemplo, quando se está diante de uma política pública questionada em juízo, pois o magistrado deverá analisar se possui, efetivamente, as informações necessárias para a solução da controvérsia, a exata noção do contexto no qual ela está inserida e se tem condições de medir os efeitos práticos que serão causados em decorrência da decisão.

Sabe-se muito bem que diversas decisões políticas podem envolver questões complexas, a demandar a análise de dados técnicos e específicos daquele tema, de estudos prévios para implementação daquilo que se propõe, das diretrizes orçamentárias previstas. Em inúmeros casos, essas importantes informações não estão disponíveis aos julgadores, o que pode prejudicar a análise do tema.

Conclui-se, portanto, que a interferência do Judiciário em outros Poderes deve observar alguns aspectos limitadores, como sua capacidade institucional para resolver determinados conflitos e os efeitos sistêmicos de suas decisões.

Por fim, vale anotar que a observância desses limites e contenções se mostra ainda mais importante em ordenamentos jurídicos do *civil law*, onde, normalmente, não há um sistema de precedentes vinculantes enraizado, o que acaba conferindo maior liberdade interpretativa aos magistrados e tribunais. Este é justamente o caso do Brasil, dotado de um sistema de precedentes ainda em desenvolvimento e que, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), possui 10.156 unidades judiciárias estaduais e 976 unidades judiciárias federais, além dos 27 tribunais estaduais e 5 federais, todos aplicando a mesma legislação federal<sup>17</sup>.



## Notas

<sup>1</sup> C. Neal Tate e Torbjorn Vallinder. *The global expansion of judicial power*, 1995.

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. p. 3.

<sup>3</sup> A Constituição Federal de 1988, considerando seu contexto de redemocratização e a necessidade de atender diferentes interesses, prevê expressamente uma gama de direitos contrapostos (e.g. o direito de propriedade e a função social da propriedade), o que, obviamente, aumenta o conflito interno de normas.

<sup>4</sup> VIANNA, Luiz W., BURGOS, Marcelo, e SALLES, Paula. Dezessete anos de judicialização da política. p. 41 *apud* Badinter e Breyer, 2003, p. 24.

<sup>5</sup> Keenan D. Kmiec, *The Origin and Current Meanings of Judicial Activism*, 92 Calif. L. Rev. 1441 (2004).

<sup>6</sup> Nesse ponto, é interessante notar que a divisão em questão finca raízes nas suas respectivas escolas de pensamento jurídico. O grupo Black-Douglas, considerado ativista, segue a linha da Yale Law School e possui uma visão mais flexível e menos científica do Direito. De outro lado, o grupo Frankfurter-Jackson, considerado auto-contido, entende que a lei fixa determinados sentidos que não podem ser desviados pelo julgador.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 1448/1449.

<sup>8</sup> Cross, Frank B. and Lindquist, Stefanie A., *The Scientific Study of Judicial Activism*. Minnesota Law Review, Forthcoming; Vanderbilt Law and Economics Research Paper No. 06-23, p.1758.

<sup>9</sup> KMIEC, Op. cit., p. 1443: “Ironically, as the term has become more commonplace, its meaning has become increasingly unclear. This is so because “judicial activism” is defined in a number of disparate, even contradictory, ways; scholars and judges recognize this problem, yet persist in speaking about the concept without defining it. Thus, the problem continues unabated: people talk past one another, using the same language to convey very different concepts”.

<sup>10</sup> O termo “slippery” é utilizado por EASTERBROOK, Frank H. “Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism?,” 73 University of Colorado Law Review 1403 (2002).

<sup>11</sup> <http://www.nytimes.com/2002/11/09/opinion/taking-over-the-courts.html> – acesso em 21.03.2018.

<sup>12</sup> “So even at the very end of the conference, I have the gall to offer yet another definition of activism. It is a definition reflecting my view-which I will state but not here attempt to justify-that unless the application of the Constitution or statute is so clear that it has the traditional qualities of law rather than political or moral philosophy, a judge should let democracy prevail. This means implementing Acts of Congress and decisions of the Executive Branch rather than defeating them”. EASTERBROOK, Op. Cit., p. 1403/1404.

<sup>13</sup> James B. Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 HARV. L. REV. 129, 144 (1893). Segundo o autor, uma Corte somente deve invalidar uma lei quando o legislador tiver cometido um erro tão claro que não há espaço para qualquer discussão racional (“when those who have the right to make laws have not merely made a mistake, but have made a very clear one,—so clear that it is not open to rational question”).

<sup>14</sup> CROSS & LINDQUIST, Op. Cit., p. 1762: “Thus, a conventional standard modified by a Thayerian assessment would fail to defuse accusations that charges of activism are driven by ideological considerations. Under this rule, a finding that an unconstitutional statute was unconstitutional might be labeled activist on the basis that the statute’s unconstitutionality was not sufficiently certain.61 Indeed, the notion of uncertainty in practice may itself be so amorphous and malleable that it facilitates—rather than reduces—the potential impact of ideology in the evaluation of judicial activism”.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 1779: “(...) we also developed a measure reflecting the general level of consensus behind his or her votes in these judicial review cases. Our rationale for this factor rests on the notion that a decision appears more result-oriented if it is the product of a narrow coalition of ideologically like-minded Justices. By contrast, a unanimous opinion or decision in which liberals and conservatives combine to invalidate or uphold a statute appears less ideological and more likely to be grounded in “legitimate” constitutional principles”.

<sup>16</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

<sup>17</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em números 2016 – ano base 2015*. Brasília, 2016.

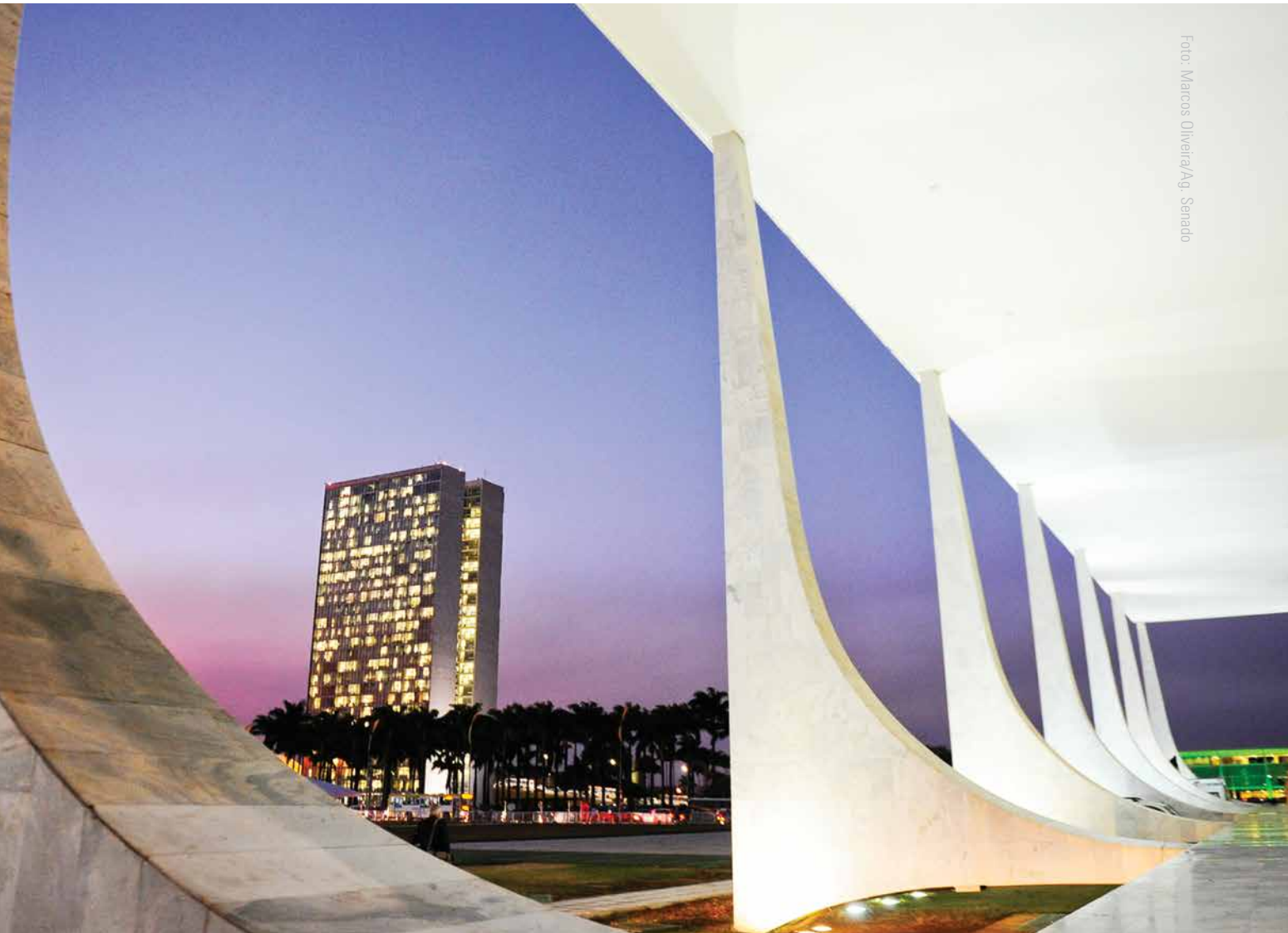


Foto: Marcos Oliveira/Ag. Senado